



当前国际刑事司法合作的若干热点问题

黄 风

我本人自1987年开始在司法部从事国际司法合作工作和相关的研究直到现在。1998年曾经调到中国银行法律事务部工作了将近4年，去年又回到司法部从事老本行。回来后的一年多工作使我感到：在国际刑事司法合作领域出现了许多新的情况、动态和问题，开展合作的迫切性也变得更强烈了。现在，我想向大家简要地做一些这方面的情况介绍并且谈一些个人的体会。

一、引渡合作的发展趋势

1987年我刚刚开始接触国际司法合作工作时，在一次座谈会上听到我们一位资深的国际法教授说：在中国，引渡属于外交行为，主要应当从国际关系的角度考虑引渡与否的利弊得失。这位教授还补充道：这就是“中国特色”。确实，在相当长的历史时期中，外国向中国提出的引渡请求是由外交部审查并决策的，主要考虑的因素是中国与请求国的政治关系和外交需要，当然，必要时也听取一下公安机关的意见。

实际上，这反映的是一种很传统的引渡合作观念。如果追溯到罗马法时期，引渡的雏形是“损害投偿”，即：“家父”把犯了罪的“家子”移交给受害人的家庭，以此避免自己的家庭遭受来自受害方家庭的复仇，达到平息争端、维护和平的目的。在后来的历史中，引渡也被作为维护国与国正常关系的手段，它的基础是国际礼让。在这种情况下，被请求引渡人简直是国家间政治交易的筹码，他完全是被动的，根本不可能成为有关程序中的权利主体。

1992年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部和外交部联合发布了《关于办理引渡案件若干问题的规定》，开始建立一种新的机制，把司法机关列为审查外国引渡请求的主管机关，我们当时把这种新机制称为“主管机关会审制”。外国的引渡请求须经上述5个发文单位逐一审查并签署是否同意的意见，任何一家的否定意见都将导致外国引渡请求不被接受；同时，这个《规定》还赋予被请求引渡人以一定的权利，比如，他有权通过中国律师获得法律帮助，并且有权在15日内提出反对引渡的辩护理由。这是中国引渡制度朝着法制化和现代化迈进的重要一步。但是，客观地讲，这种“主管机关会审制”缺乏具体的程序保障，司法机关应当如何进行司法审查，被请求引渡人应当采取怎样的程序行使自己的权利，这些规则都不明确，因而，该《规定》在实践中缺乏可操作性。

2000年12月28日，我国颁布了《引渡法》，建立起独立的引渡诉讼制度，引入了现代的双重审查制，即：对外国的引渡请求由最高人民法院和指定的高级人民法院进行司法审查，由外交部或者国务院指定的机关进行行政审查。在《引渡法》起草期间曾有过争论，有观点认为：法院是审判机关，决定是否应当将被请求引渡人移交给外国，这涉及的不是定罪问题，充其量类似于预审，不宜由法院裁判，最好由检察院审查决定。但我们的《引渡法》还是一步到位，采纳了最严格的司法审查制度，让法院来对外国的引渡请求是否符合《引渡法》和引渡条约规定的条件进行审查；当然，这是一种关于合法性的审查，与刑事审判完全不同。

《引渡法》还确立了一系列体现被请求引渡人诉讼主体地位的规则，例如，规定了所谓“法定最低保障期”制度，被请求引渡人有权自收到引渡请求书副本之日起30日内提出反对引渡的意见，在此期限内，无论发生什么情况，他一概不受引渡；如果再加上10日向最高人民法院提出意见的期限，实际上这个最低保障期在40日以上。

从国家间的政治交易，到国际刑事司法合作的法律制度，引渡经历了一个重要的发展进程，我们上面介绍的中国情况就是这一发展进程的写照。这样一种转折使得引渡合作更加符合国际社会打击犯罪的共同标准和规则，更加能够有效地兼顾维护主权、打击犯罪和保护人权这三方面的需要。

值得注意的是，随着各国刑事司法标准的趋同，引渡制度的司法合作性不断提高，行政审查越来越淡化。最近，在“中国-欧盟法律和司法合作项目”办公室的支持和组织下，我率领一个代表团对欧盟国家的司法合作情况进行了考察，秉志教授是我们代表团的学术顾问。在这次考察中，欧盟国家即将实行的欧洲逮捕令制度给我留下深刻印象。

这项从2004年7月1日起将取代缔结了近50年的《欧洲引渡公约》的欧洲逮捕令制度，是建立在充分信任和承认请求国司法裁决的基础之上的。只要请求国针对被请求引渡人发出了按照统一格式填写的“欧洲逮捕令”，并且有关犯罪属于被欧盟各国列入犯罪清单中的罪行，被请求国司法机关即应依据此逮捕令对该人实行逮捕，在经过比较简捷的司法审查之后，就可以将其移交给请求国司法机关。拒绝引渡的理由被大大裁减，主要被限定为请求国缺乏刑事司法管辖权或者不符合“一事不再理”原则等法律瑕疵。

首先，欧洲逮捕令制度的实行将导致取消对外国引渡请求的行政审查，司法机关可以通过直接联系相互转递引渡请求，无须通过外交途径或者“中央机关”的途径，甚至联邦国家的各州司法机关就有权与其他欧盟国家的司法机关开展引渡合作。其次，欧洲逮捕令制度取消了引渡合作中的“特定性原则”，在移交被请求引渡人后，发出逮捕令的国家可以对未在欧洲逮捕令中列举的罪行进行追诉，无须取得移交国的同意。欧洲逮捕令制度还取消了“政治犯罪例外”原则，由于政府不再对引渡引渡请求进行行政审查工作，因而，从政治角度对犯罪性质作出判断的做法也就消退了。最后，欧洲逮捕令制度还在一定程度上废除了公民不引渡原则，欧盟各国的国民现在好象都成为“欧洲公民”了。

应当说，欧洲逮捕令制度在引渡合作领域带来了一场新的变革。

二、条约前置主义以及应对措施

1993年我国与泰国缔结了第一个引渡条约，到目前为止，我们已经同20个国家缔结了双边引渡条约；几天前，我们又与巴基斯坦草签了双边引渡条约。但是，我们尚未与欧盟中的任何国家以及美、加、日等西方国家缔结双边引渡条约。我认为这里主要有三个障碍。第一是政治上的，早在1997年我们就正式向美国司法部提出缔结双边引渡条约的建议，但美方答复说他们有困难，实际上阻力在国会，那里有一些人对中国抱有怀疑、戒备甚至敌视的心理。第二个障碍是刑事司法制度上的差异，一些西方国家总认为中国的刑事司法制度不符合他们的“正当程序”标准，例如在司法独立、辩护制度、证据制度等方面。第三个障碍是死刑问题，我后面将专门谈谈这个问题。

未缔结双边引渡条约，对于一部分国家来说，不构成开展引渡合作的根本性障碍，因为这些国家的法律允许依据互惠原则开展引渡合作；中国《引渡法》同样承认互惠原则。但是，有一些国家，例如：美国、加拿大、荷兰等，是实行“条约前置主义”的，也就是说，它们的法律把存在双边引渡条约规定为开展引渡合作的前提条件。据估计，目前我国有数百名逃犯隐匿在美国。设法克服条约前置主义的法律障碍，是我国对外开展国际刑事司法合作的重大课题。

在讨论制定《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》时，中国代表团和一些国家的代表团坚决要求在有关引渡的条款中写明：以订有条约为引渡条件的缔约国，如接到未与之订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，“应当（shall）”将本公约视为对本条所适用的任何犯罪予以引渡的法律依据。但是，美国等实行条约前置主义的国家不愿意让这些国际公约所规定的义务改变其国内法律制度，反对在这里使用“应当”一词，表示只能接受“可以（may）”一词。辩论的结果是条约前置主义占了上风，上述两个公约在引渡问题上都没有将自己确立为具有较强约束力的法律依据，而是给条约前置主义国家留有较大的自由裁量权。应当说，这一结果大大削弱了这两个重要的国际公约的法律意义，我认为是这个两公约的一大败笔。

不过，我们也应当看到，一些条约前置主义国家也出现了松动迹象，开始考虑通过修改国内立法改变原有的僵硬立场。例如，加拿大于1999年修订了《引渡法》，对双边引渡条约的范围加以扩展，规定：如果加拿大与请求国尚未签定双边引渡条约，也可以根据加拿大政府与请求国政府就具体个案达成的协议开

展引渡合作。有关国家通过达成协议来变通条约前置主义，这倒也是个办法。据我所知，英国、澳大利亚、新西兰等一些实行条约前置主义的国家也在通过立法做这样的变通。

为了克服条约前置主义所造成的法律障碍，我认为可以采取下列两种替代措施解决引渡问题：

第一种替代措施是：以遣返非法移民的方式达到引渡的目的。这是在实践中采用得较多的手段。在这样做时，我们一般要选择一个与我国有着较好合作关系的第三国作为中转，因为，根据一些国家的移民法，被遣返的非法移民也有权选择被驱逐出境后的目的地，逃犯是不会选择自己的犯罪地国家作为目的地的，在不能强制实行直接遣返的情况下，我们可以让一个第三国接收他，再从这个第三国把他解送回国。我们有一些成功的案例。但是，也应存在着一些法律上的难题。遣返非法移民毕竟不是一种刑事司法合作的制度；一些国家的移民法规定：如果被驱逐出境者有合理根据担忧自己回国后可能受到刑事追诉，他有权申请避难。在赖昌星遣返问题上，之所以一度出现加拿大舆论对赖的一边倒式的同情，就是因为赖提出自己可能回国后受到刑事追诉。引渡就不存在这样的问题，引渡的目的就是要让你回国后接受刑事追诉，而遣返非法移民的法律目的并不如此，至少表面上并不如此。这就是这一替代措施的弱点。

第二个办法是：让逃犯在藏匿地接受审判和服刑。最近我们正在办理一个特大贪污案，犯罪嫌疑人是几名银行职员，他们在几年当中贪污了巨额钱款，把相当一部分赃款转移到国外，并且早就作好了外逃的准备，将自己的主要亲属移民到赃款转移地。目前，一名主要犯罪嫌疑人已经在美国落网，虽然中美之间因没有双边引渡条约而无法开展引渡合作，但是，我们向美国执法机关提供了该人非法转移犯罪所得和使用作假手段办理移民手续的证据材料，使得美国执法机关有可能以洗钱犯罪和违反移民法方面的犯罪为由对其提起刑事诉讼，而且这两项指控都涉及的是严重犯罪，有可能导致十余年的监禁。美国的监狱我参观过，有的监狱像是动物园，人被关在一个个相互隔离的囚室里，日子很不好过；有的中国人受不了那里的待遇，向中国政府提出恳求，想通过移管回到中国监狱中服刑。让那些逃到外国的罪犯在当地被绳之以法并蹲监狱，同样对他们是一种惩罚。特别是对于那些携款外逃者，我们可以提供关于这些人“上游犯罪”的证据，让他们因洗钱罪在外国受到惩罚，这是一种值得重视的合作机制。

三、死刑不引渡问题

与相当一部分国家，特别是欧盟国家，缔结双边引渡条约的主要障碍是死刑问题。在以往的缔约实践中，有的国家在谈判时要求在双边引渡条约中明确规定：如果引渡请求所列举的犯罪根据请求国法律可能被判处死刑，有关的引渡请求将被拒绝，除非被请求方保证不对被引渡人判处死刑或者不执行死刑。对于这样的要求，中国代表团一般都回避在条约的正式文本中提及死刑问题，说服对方在引渡条约谈判的会谈纪要中处理此问题，即：在会谈纪要中约定，双方将采取个案协商的方式就不判处或者不执行死刑问题达成协议。这似乎已经成为了我们在谈判缔结双边引渡条约时解决引渡问题的最好模式。在实践中，中国政府就引渡个案作出不适用死刑的承诺，这种做法并不鲜见，有关的决定和承诺程序也不难以运作。

上述模式对于一些国家可能是行不通的，这些国家对死刑深恶痛绝，有着较长的废除死刑的历史，“死刑不引渡”是它们对外开展引渡合作的一项基本原则，甚至是重要的宪法原则。欧盟的许多成员国就是这样的国家。不在条约正式文本中明确就死刑问题作出约定，就不可能与这些国家缔结引渡条约。

我们为什么只同意在个案合作中作出不适用死刑的承诺，而不愿意在条约文本中一般性地规定死刑不引渡原则呢？主要是因为我们总是认为：如果缔约一方是保留死刑的国家，而另一方是废除了死刑的国家，在条约中作出死刑不引渡的一般性规定就意味着一种单方面的承诺，这种只对前一方具有拘束力的条款似乎在形式上不大公平。而个案承诺则对前一方的刑事追诉活动具有直接的功利性，容易达成协议。

上述顾虑有它的道理，但是，也应当承认，一般性保证与个案承诺仅有一步之差，在法律上没有实质性差别，它们都构成对死刑不引渡原则的接受，只不过一个是在个案合作中接受，一个是在条约文本中接受而已。实际上，如果翻看一下中国的《引渡法》和与一些国家缔结的双边引渡条约，可以发现死刑不引渡作为一项一般性规则已经暗含在某些条款当中了。

首先，《引渡法》第50条允许中国政府在经最高人民法院决定后就被请求引渡人的量刑问题作出承诺，这里所说的“量刑”在实践中一般就是指死刑的适用。

其次，《引渡法》第8条（七）项规定：如果“被请求引渡人在请求国曾经遭受或者可能遭受酷刑或者其他残忍、不人道或者有辱人格的待遇或者处罚”，则不予引渡。在引渡实践中，死刑可以被理解为“残忍”的刑罚，一些外国的司法裁决曾经援引这样的条款拒绝可能导致死刑的引渡请求，这确有先例可循。

此外，在《中俄引渡条约》中列举了这样一项拒绝理由：如果“根据被请求的缔约一方的法律规定，不予引渡”，则应当拒绝引渡请求。这里实际上特指被请求方法律禁止引渡可能被判处死刑者的情况；它

是以不指明的方式表述了死刑不引渡原则。

显然，明文确立死刑不引渡原则，对于中国来说，已经不存在根本的法律障碍，只需要我们在观念上更加解放一点，更加现实一点。我从来就认为：死刑不引渡原则代表着一个人道主义条款，意在表现一个国家的人道主义形象，它并不以该国是否废除死刑为前提条件；一个仍然保留着死刑的国家同样可以援引此条款要求请求国作出对被引渡人不适用死刑的承诺。中国为什么不能在与外国的引渡合作中主动援引死刑不引渡原则，以此行动在国际社会树立自己的人道主义形象呢？！如果能够想通这一点，也许就不会认为在条约中明确规定死刑不引渡原则是一种单方面承诺了。

四、双重犯罪原则在刑事司法协助中的地位

双重犯罪原则是国际引渡合作中的一项刚性原则，根据这一原则，请求国刑事诉讼所针对的犯罪行为，假如发生在被请求国境内，应当同样构成犯罪，即使可能属于不同的犯罪类型或者有着不同的罪名。双重犯罪原则在狭义的刑事司法协助中是柔性的，也就是说，在不符合双重犯罪条件的情况下，被请求国同样可以酌情提供协助；这是因为，狭义的刑事司法协助不同于引渡，它具有中立性，为请求国提供关于送达文书或调查取证方面的协助可能对请求方的追诉活动有利，也可能对被追诉人有利。比如，如果不向居住在被请求国的被追诉人送达请求国的起诉文件，该人就可能不知晓在请求国针对自己的追诉活动，无法为自己采取辩护措施，甚至在不知情的情况下进入请求国，从而遭受逮捕。同样，通过协助调查取证获得的证据材料，既可能证明犯罪嫌疑人或者被告人有罪或罪重，也可能证明该人无罪或罪轻。

在国际刑事司法协助中，有时候，为了澄清有关的事实真相、帮助请求国司法机关公正执法，需要不顾双重犯罪原则而提供协助。我们曾经处理的王诚勇买卖人体器官案就是一个典型的例子。王诚勇一度曾在海南检察院任职，离职后移居到美国，他曾经吹嘘自己能够搞到死刑犯的内脏器官，吴弘达知道后就设了个圈套，企图以此作为攻击中国刑罚执行制度的素材；吴让某外国医院的医生与王商谈买卖人体器官的交易，FBI暗中卧底，对整个商谈过程进行了录音录像，在后来的一次商谈中将王当场拘捕，并且以非法预谋买卖人体器官罪对王提起刑事诉讼。美方在办理这个案件时向中方提出刑事司法协助的请求，希望调取王诚勇在中国检察机关任职的情况。对于这个案件来说，美方的协助请求显然不符合双重犯罪条件。首先，在中国《刑法》中不存在“买卖人体器官罪”这样的罪名。其次，王的商议行为假如发生在中国境内也不构成犯罪；关于这一点，美国司法部的同事很不理解，问我：如果有人给他的同伙打电话相约去炸北京的某座立交桥，难道根据中国法律也不构成犯罪吗？我回答说：如果他们没有其他为实施犯罪而准备工具或者制造条件的行为，仅仅打电话商议根据中国《刑法》不构成犯罪。但是，对于这个案件，中方经过慎重考虑后最终决定提供司法协助，向美方提供了王诚勇在海南检察院任职和离职的情况，因为这有助于澄清事实，证明王与中国司法机关已经没有任何工作关系。

近年来出现了一种倾向，要求在狭义的刑事司法协助中取消双重犯罪原则。我个人认为现在还不到取消的时候，因为这一原则对于我们还具有重要的保护作用。中国的刑事法律相对于一些国家的刑事法律来说比较疏松和原则，不那么细密。比如，根据美国法律，携带一万美元以上的现金出境而不向海关申报，即可构成犯罪。中国法律则缺乏关于走私货币的规定，只有走私假币的规定，从法律上讲，无论携带多少货币出境而没有申报，均不构成犯罪。此外，一些国家有着很严厉的关于外贸管制方面的刑事规范，在无许可证的情况下出口某些物品将构成走私犯罪，而根据我们的《外贸法》，只有在伪造或者变造许可证的情况下才能援引伪造公文罪予以刑事处罚。这类例子很多，有时候，为了维护中国公民或企业的基本权益，我们不得不依靠双重犯罪原则来限制外国过分严厉的刑事立法对他们的域外影响和损害。

最近刚刚通过的《联合国反腐败公约》在双重犯罪问题上有所发明，它将狭义的刑事司法协助行为划分为“强制性”的和“非强制性”的，前者可以包括搜查、扣押、冻结、查询银行帐户等行为，说它们是“强制性”的是因为可能对当事人的权利造成实质性限制或影响，而且它们的采用一般需要经过较严格的批准程序。《反腐败公约》同时规定：对于非强制性行为，被请求国应当在不违反其法律基本原则的情况下提供协助，即使有关的协助请求不符合双重犯罪的条件；这意味着：对于强制性行为，仍然允许被请求国根据双重犯罪原则决定是否提供协助。从一定意义上讲，这样的规定是对被请求国在运用双重犯罪原则时的裁量权的进一步承认，因为哪些行为是强制性的，哪些行为是非强制性的，只有被请求国有权依照自己的法律作出判断。

五、调查取证方式的发展

在国际刑事司法协助中，调查取证的方式经历过变革和发展。

传统的调查取证方式叫做委托调查取证，即：请求方向被请求方提供一份询问提纲，由被请求方司法机关的人员按照这份提纲进行询问。当采用此种方式进行询问时，被请求方通常是机械地按照提纲上的问题提问，一句话也不会多问；而被调查人有时候只作出“是”或“不是”的回答，或者说“不知道”，寄回来的询问笔录往往没有什麼价值。总的来说，委托调查取证的效果很不理想。

《中国和加拿大刑事司法协助条约》引入了派员调查取证的制度，允许请求国司法机关派员出席在被请求国进行的调查活动，并且可以在被请求国司法机关的主持下向有关的被调查人员提问。由于请求国的办案人员对案件事实比较了解，同时也特别清楚需调查的问题结症所在，提问的针对性比较强，再加上被请求国主管机关一般对外国派来的调查小组都比较重视，人家远道而来怎麼也得尽量提供方便。记得我第一次出国调查取证是为了首钢船务公司总经理邵军贪污受贿案，此案的主要行贿人都在新加坡，我们与新加坡“贪污贿赂调查局”联系，派出了一个调查小组赴新加坡取证。把证人传唤到“贪污贿赂调查局”后，新加坡同事非常合作，一位副局长先与证人谈了10分钟，回来时满面春风，告诉我们：他全都承认了，你们去问吧。结果，我们的调查小组很顺利地取得了证据材料。派员调查取证有助于实现切实有效的国际合作，它的效果是委托调查取证所无法比拟的。现在，对于一些重要的取证事项，我们尽量与被请求方协商派出调查小组。我们有不少成功的合作案例。

近年来出现了一些新的取证方式，特别值得注意的是：通过电视电话会议取证和组建联合调查组，这两种取证方式在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》中都被加以特别列举。在实践中，我们也遇到了与此相关的协助请求，是需要认真研究的新情况。

通过电视电话会议取证表现为采用现代通讯技术包括卫星传送技术使请求国主管机关能够与被调查人员直接对话。与派员取证不同，此种取证方式的特点在于跨境性。在派员调查取证的情况下，取证活动完全发生在被请求国境内，因而，一般应当遵守被请求国法律规定的程序。而在通过电视电话会议取证的情况下，请求国的主管机关在本国境内通过通讯设备向位于被请求国境内的人员提问并听取他的回答，有关的取证活动同时发生在不同的国度，因而，两个国家的相关法律均应受到遵守。作为基本规则，通过电视会议取证应当主要采用请求国法律规定的询问或庭审程序，请求国主管机关可以比较自主地提问，用不着被请求国主管机关进行主持；但是，被请求国主管机关应当派员参加整个的询问过程，并且有权采取必要的措施以确保有关的取证活动不违反本国法律的基本原则，也就是说，享有一定的制止权。

联合调查组是指两国为了相同的调查需要而组建的单一机构，在这个机构里已经不存在请求方与被请求方之分，所有人都是调查组的成员，都要服从组长的指挥。因此，联合调查组的关键性人物是组长。组长应当由调查执行地国家司法机构的人员担任，因为他必须保证调查活动遵守调查执行地国家的法律；如果调查活动转移到另一个国家，那麼，组长也得更换。联合调查组的成员可以在组长的授权下履行一定的执法职能或者采取必要的法律措施，这也是一种特殊的规则。假如中国派一个调查组去新加坡执行调查任务，在新加坡境内中方调查组的任何人员不能采取搜查、扣押、电话窃听等侦查行为；但是，如果中国与新加坡组建了一个联合调查组，这个调查组的成员就可以在新加坡组长的授权下依照新加坡法律采取这样的侦查行为。

六、追缴犯罪所得的方式

向境外转移非法所得已经成为一个严重的问题，大量的国有资产被犯罪分子采用洗钱等手段转移到境外并且被侵吞，据说，仅在美国就有数百亿。这几年来，我们把通过国际刑事司法合作追缴犯罪所得作为工作的重点，正在摸索和总结这方面的经验。

几个星期前，我陪同司法部张福森部长去美国访问，9月23日上午有我难忘的一刻，当张部长与美国司法部阿什克罗夫特部长会谈时，阿什部长拿出一张355万美元的支票说：张部长，这是给您的见面礼。这笔钱是我前面提到的那个特大贪污的赃款，两年前被犯罪分子转移到美国旧金山。后来美国司法机关根据中方提出的刑事司法协助请求将这笔钱扣押，现在借张部长访美的机会向中方实行返还。在那一刻我感到特别振奋。我从事国际司法合作工作已经十多年了，我们曾经成功地办理过一些引渡案件，成功地开展过几次被判刑人移管的个案合作，成功地完成过各种形式的境外调查取证工作；但曾让我深感遗憾的是，我们还没有成功地从外国追回被非法转移的钱款，而这一追缴工作正是国家和人民向我们布置的一项重要任务。现在，我们终于追回了一笔巨款，为国家挽回了一定的经济损失，也终于有了一个漂亮的追缴案例。你们可以理解我当时的心情。

根据我个人的研究和归纳，为了追缴被非转移到境外的资产，可以根据不同的情形，采取以下五种方式：

第一种方式是：在资产转移地提起民事诉讼，通过打民事官司证明我们对被非法侵占和转移的资产享有真正的所有权，从而获得法官的判还，或者获得损害赔偿。在《反腐败公约》中，这被称为“直接追回”方式，无须经过国际司法协助。此种方式的优点是：当事人可以立即向财产所在地的法官申请采取保全措施，迅速将发现的被转移资产予以扣押或冻结。通过刑事司法协助的途径请求扣押或冻结财产则需要一定的时间对有关请求进行转递和审查。缺点是：打民事官司费用比较高，要花钱在当地聘请律师。另外，民事法官与刑事法官考虑问题的着眼点不同，民事法官比较注重被告是否对有关资产享有权利，而刑事法官则特别关注这些资产的取得是否来源于犯罪或非法行为；因此，如果被告证明自己对于资产享有现实权利，民事法官可能判他胜诉，即使原告声称资产属于犯罪所得。

第二种方式是：相互承认和执行刑事司法裁决，也就是说，请求国把自己司法机关作出的财产罚没裁决提交给被请求国司法机关经审查认可后予以执行。这是在追缴犯罪所得国际合作中最主要的和最成熟的措施。许多国家都有这方面的立法。遗憾的是，我国目前尚缺乏承认和执行外国刑事裁决的立法，只是在被判刑人移管方面与乌克兰和俄罗斯分别缔结了双边条约并且有一些个案合作的实践。你如果不能承认和执行人家的刑事裁决，怎麼要求人家承认和执行你的刑事裁决呢？！这种方式还有一个致命的缺陷：如果犯罪嫌疑人或者被告人逃跑、失踪或者死亡，刑事诉讼就无法继续进行，更不可能通过缺席审判作出关于罚没财产的裁决，在这种情况下，此方式就根本不可行了。

第三种方式是：简易移交，这是我给它起的名字。也就是说，请求国向被请求国提交关于对有关资产享有合法所有权的证明，后者在不损害其他善意第三人权益的条件下将该资产移交给请求国，无须经过司法审查和裁决。我国《刑事诉讼法》第198条关于及时向合法所有人发还财物的规定就是此种方式的体现。在我国与外国缔结的许多双边刑事司法协助条约中也含有“移交赃款赃物”的条款，允许根据请求相互返还被证明属于赃款赃物的财物。简易移交可以省略掉一些复杂的诉讼程序，比较快捷和方便。缺点是：对于某些财物不能实行简易移交，例如，根据我国法律规定，公安机关和检察机关只能对银行帐户中的资金实行冻结，但无权实行扣划，只有法院才有这样的权力；对于不动产也是一样，只有法院才有权决定拍卖和处置；因此，对存放在金融机构帐户中的资金和不动产，我们不能适用简易移交。

第四种方式是：异地开展诉讼和追缴，这特别适用于犯罪嫌疑人或被告人携款外逃又难以引渡的情况。我们可以提请逃犯藏匿地国家的司法机关根据其本国法律采取措施，将被非法转移到该地的资产扣押并没收，比如，以洗钱罪的名义在资产所在地实行追缴，让逃犯不但在当地蹲监狱，还让他在国外被剥夺得一无所有。这是没办法的办法，不管怎麼说，对那些打算携款外逃的人来说，能够起到威慑和警戒作用。此种方式的缺点很明显：外国司法机关是根据本国法律提起诉讼并且没收财产的，因此，他们可以名正言顺地说，被没收的财产归他们国家所有，尤其是在以洗钱罪没收财产的情况下；我们要求返还可能遇到困难，有的国家只允许以“分享”的名义向请求国进行返还，好象是在奖励请求国为被请求国开展的追缴活动提供了帮助；关系整个被倒过来了。

第五种方式是：民事没收，这是一些国家为追缴犯罪所得而专门建立的法律制度，这里所说的“民事”不宜从民事法律的意义上去理解，而是表明此种没收只针对物，不针对人，也就是说，只要能够证明有关财物来源于犯罪或非法行为，均可决定对其实行没收，即便对犯罪嫌疑人或被告人并未提起刑事诉讼，即便在名义上享有该财物的人死亡、失踪或者在逃。这种方式能够有效地解决罪犯死亡、失踪或在逃情况下的追缴问题。我前面提到的美国司法部最近向中方返还的355万美元就是通过民事没收制度追缴的，美方在对这笔钱款进行扣押并启动民事没收程序时，转移此钱款的犯罪嫌疑人还没有落网。刚刚通过的《联合国反腐败公约》特别倡导各国考虑建立这样的民事没收制度。当然，同第四种方式一样，民事没收有时引发“分享”问题，是向请求国全部返还还是部分返还，这主要取决于被请求国（即作出民事没收决定的国家）的意愿。

说到这里，我想顺便指出：我国现行的刑事没收制度太落后了，没收财产只是一种刑罚，如果不能给被告人定罪，一般就不能在刑事诉讼中没收其非法所得。实际上，有时候，非法所得是可以独立于刑事定罪或者说独立于刑事追诉程序而加以证明的。

七、资产返还问题

追缴有时候只是说从犯罪人手中剥夺财产权，并不当然地意味着将被追缴的财产返还给原权利人，比如，根据上述第四种或第五种方式追缴的财产可能完全处于外国司法机关的处置权之下，他们可以不向我

们返还或者只是部分地返还。

在资产返还问题上，现在大家谈论得比较多的是“分享”。当外国主管机关提出以分享的方式向我们返还由他们没收的财物时，我们能否接受？回答一度曾是一边倒的：不能！国有财产怎么能与外国分享呢？！这个问题有点像死刑不引渡问题，在有些情况下，拿回来一部分资产总比一点也拿不回来好，就像以不判处死刑为条件把逃犯引渡回来总比让他在国外逍遥法外好一样。目前，我们经过认真分析和研究，对分享问题基本取得了以下共识：

第一，分享的对象主要是犯罪收益或者叫犯罪利润，比如：贩毒所获得收益；实际上，“分享”的概念首先是由1988年联合国禁毒公约提出的，针对的是通过毒品犯罪所取得的收益。有些犯罪是没有财产受害人的，比如：走私罪，贩毒罪，洗钱罪以及相当一部分贿赂罪，在这样的情况下，我们可以将犯罪所得称为“犯罪收益”，对它的分享一般不直接影响原财产权利人的权益。但是，如果犯罪有财产受害人，也就是说，犯罪所得是在侵害该人财产权利的情况下获得的，例如贪污的钱款，那么，对于产生于该犯罪的资产原则上不适用分享，而应当将被追缴的资产全部返还给原所有人。

第二，在任何情况下，被请求国为查找、冻结、扣押、保管被追缴的资产而支出的合理费用应当从被追缴的资产中扣除。这种费用扣除属于必要开支或负担补偿，不当理解为分享。

第三，应当充分尊重善意第三人的正当权利。

（黄风系北京师范大学刑事法律科学研究院国际刑法研究所所长、教授、博士生导师）

更新日期：2006-5-21

阅读次数：1413

上篇文章：全球织网捕贪官

下篇文章：第一项全球性反腐败法律文件

 打印 |  关闭

 TOP